

权利冲突中法律经济学的运用

时雨婷

厦门大学法学院,福建 厦门 361005

【摘要】“权利”定义的争议从古至今仍然众说纷纭。概念的模糊导致权利界限难以确定。转型期的中国社会,人们的权利意识愈发增强,各种权利冲突此起彼伏。面对权利冲突和模糊的权力界限,究竟什么权利可以限制,什么权利不能侵犯。以苏力先生的论文为标志,科斯的法律经济学解释方法逐渐受人关注。但是,以“理性个人”为基础,以“效率”为标准,以“收益最大化”为目标的法律经济学真的具有普世性价值吗。

【关键词】权利冲突; 科斯定理; 法律经济学; 效率

当人们主张其“有权利做某事”的时候,可以提取三个方面的信息:一是这个权利是什么,即权利的界定;二是凭什么有权利,即权利的依据;三是用权利达成什么目的,即权利的价值。^[1]但是实际上,很多人仅把同时“权利”经常被扩大解释,比如被不加区别地用以涵盖特权、权力或豁免。可以说,“权利”一词的用法比较随意且难以区别。

一、权利的依据

关于权利的定义众说纷纭,资格说、主张说、利益说、选择说等等均言之有理,因为权利是一个综合体。所以全面准确地理解权利概念,更为关键的是把握权利的要素,而不是权利的定义。霍菲尔德在《基本法律概念》中对比了八个法律概念,即权利与义务、特权与无权利、权利与责任、豁免与无权利,以此将权利分为特权、权利、权力和豁免四个要素。^[2]

人们通常认为,权利来源于实在法的规定。比如在我国,平等权、人生自由权等均来自宪法的赋予和保护。但是为什么实在法能够规定权利,为什么规定了这些权利而不是那些权利。“这似乎就需要寻求其他更权威、终极的东西来作为权利的支撑,因为从理论上讲,现存的政治强力和秩序并不能证明自己是正当的。”^[3]到目前为止的各派权利理论里,自然权利理论是最经典的理论之一。该理论认为,人之所以成为“人”,从某种意义上是因为享有了一些与生俱来、不可剥夺和转让的权利。“natural rights”在汉语中被译为“自然权利”、“天赋人权”或“天然权利”。它的根据是代表宇宙秩序的自然法。自然法就是天然的法则或天法。按照古希腊罗马哲学里的自然法理论,自然法是独立于政治上的实在法而存在的正义体系,它来源于人的本性,普遍适用,永恒不变。既然自然法被认为来自自然并由自然来规定的标准或规则,人是自然的一部分,就必须遵守自然法。同时自然法高于人为法或任何社会契约,是一切正义的来源和依据。^[4]它超越实在法而存在,是不可剥夺、不可让渡的。

但是,这个理论并不是完美的。因为自然权利理论是基于人本性的理论,而人的本性是多样的,不同的人对本性的标准也不同,从本性中衍生出来的需求又五花八门。同时,对于每个人如何凭借自己的本性,通过既存的法律来对他人、对社会、对国家主张权利也众说纷纭。所以通常人们仍然认为,权利需要依托实在法才能得以确立和实现,即使有超越法定权利的权利,也需要通过国家法律来实现。^[5]但是在第二次世界大战期间,法西斯以法律、秩序为名施行残酷暴行,使人们意识

到:每个人都应该享有一些与生俱来的权利,这些权利无论政治制度或法律规定如何,都不可侵犯。然而,这些“基本权利”与普通权利之间或“基本权利”之间也会发生冲突。

二、权利限制的界限

按照康德的理念,自由的个人是引导其实现自我生活方式的最佳人选。为了实现自由,人们需要行使权利。但并不是所有权利的行使都是绝对有利的,许多选择对他人甚至自己有害。很多时候,两种同样合理合法的权利会发生冲突,必须做出一种选择。费因伯格拒绝将权利依据价值高地而排出位阶。在他看来,权利是个人对于正义的表达和选择。这样的选择不可能仅通过对比其基本价值而以命令的方式下达给偏好各异的人们。因此,他明确地拒绝以“爱”、“怜悯”或“神圣义务”为理由而取舍权利,认为这样做将会违背自由主义的基本原则。“如果允许克制一个人的权利,也就是赋予立法机关对于善的选择以特权。”^[6]但是除了像费因伯格一样的极端自由主义者,大部分学者还是赞成限制权利的,因为事实证明,个人权利的无限制行为将会侵害其他社会成员的权利和自由。但是关于权利限制的标准也是各陈一词。

有人认为,关于权利的冲突和权利的限制,最主要的就是区分哪些权利绝对不能侵犯,哪些权利优于其他,哪些权利可以适当进行限缩。一般来说,对于国际人权立法中的“不可克减的权利”就是公认的无论以何种理由、在任何情况下都不得侵犯的权利。例如《公民权利和政治权利国际公约》中列举的七项权利:生命权(第6条);禁止酷刑(第7条);禁止奴役和强迫劳役(第8条第1款和第2款);禁止因欠债而被监禁(第15条);禁止有溯及力的刑法(第15条);被承认在法律面前的人格(第16条);思想、良心和宗教自由(第18条)。另外,也有人将宪法和普通法对公民基本权利与一般权利的划分作为不能侵犯和可以限制的依据。

这样的方法将所有权利进行人为位阶划分,把权利分为上位法和下位法,以达到保护较优权利,化解权利冲突的目的。但其实不妥。划分“不可克减权利”与可克减权利的依据是属于公法的国际法,而国际法的主要参与者是国家,也就是说这七种不可克减权利主要是针对国家而制定的义务。但是我们所谓的权利冲突,更多是从一种私法意义上讲,是平等法律主体之间权利与权利的冲突。

苏力先生在其《“秋菊打官司”的官司、邱氏鼠药案和言论自由》一文中提出,当两个权利,特别是非物质性权利发生冲突,“尽管当事人无

恶意伤害他人,但事实上有没有过错地造成了伤害,这种伤害应该由谁承担责任,承担多少责任,什么才是恰当和必要的限制。”^[7]对此,他的解决方式是:当权利发生冲突时,应当优先保护高位阶权利(如反映公共利益的言论自由权),因此而牺牲较低位阶权利(如私人权利的肖像权)也无需予以赔偿。因为社会必然有风险,总得有人来承担风险的损失或代价。“将这种代价通过法律转移给他人来支付,或许是可以的,有时甚至是必要的。”^[8]苏力先生认为这种冲突权利配置效率观念是美国经济学家科斯的法律经济学思想的核心,即避免更大伤害或实现产出最大化,认为这是其对法学的最大贡献之一。那么这种权利配置效率观是否具有普适性?

三、法律经济学与科斯定理

科斯在其《社会成本问题》一开篇就指出,在分析产生“公害”及其类似工商业企业行为时,传统的做法就是要求企业对其引起的公害给予损害赔偿。但这种做法不一定是合适的。因为一旦将问题视为甲给乙造成了损害,人们便常常会不由自主同情“受害者”。但实际上权利并不绝对,权利和权利之间存在交叉重叠,在这种情况下严格界定和保护其中一种权利并不意味着界定和保护了另外一种权利。如果我们不事先假设哪一方的权利更重要,就会发现无论法院支持哪一种权利,都必然会损害另一种权利。“所以真正的问题是:是允许甲损害乙,还是允许乙损害甲?”^[9]无论是立法还是司法,法律的本质都是利益的分配,并且是基于国家强制力的利益分配,与私人意思自治的利益交换不同。

在长期的历史实践中,经济学家认为,对经济增长起决定性作用的不是技术性因素,而是制度性因素。制度经济学作为法律经济学的理论基础,为实现法律制度的效率最大化提供理论依据。传统古典经济学假定“理性人”,即每个人都能按照成本——收益原则进行最优选择,实现资源有效配置。然而实际上人的认识能力是有限的,加上市场信息的不完善,人不可能成为“理性人”,此时制度的产生与完善降低了不确定性,减少了交易成本,将人的有限理性所带来的风险降低。正如科斯所言“在一个重新安排法律体系确立的权利需耗费成本的世界里,法院在处理妨碍的案件中,实际上是在决策经济问题和决定种种资源如何利用。”^[10]

科斯在其文章的最后部分,将传统经济学的生产要素分配转化为权利配置,并得出如下结论“显然,只有得大于失的行为才是人们所追求的。”但是由于“理性个人”为基础的经济学前提下,社会安排的选择并不简单等于个人选择的叠加,依据权利的相互性和利益的分配,现有制度的变化在使得某些人受益的同时,也不可避免的让另一些人处境恶化。无论是市场调控还是政府管理,每一项机制的变化都会产生成本,我们应当考虑总的效果。”^[11]

可以看到,即使科斯定理开创了新的研究方向,但是直接将其运用到权利冲突中仍然是略有不妥。首先,科斯将法院类比为企业,忽视了两者的差别。企业相当于一个理性个人,以营利为目的,自负风险。但法院不需要负担盈亏,但却要对社会公众负责,因此法律考虑的不仅仅是法院自身的司法执行,而是对于社会公众在规则选择时付出的机会成本。冲突权利配置效率观没有也无法推广到社会全部领域,特别是难以估价的精神领域。其次,平衡是法律的基本要求。在大陆法系,法

官无权创设法律,只能遵守并运用既存法律。而现有的法律制度安排是多方博弈的结果,即使不完美不合理,一旦破坏也需要耗费极大的社会成本来重新达成平衡。而现存的制度一般规定,除特殊情况^[12]外应该保护既存的合法权利,侵害方承担赔偿责任。这明显与苏力文中支持的牺牲既存的肖像权的观点不符,与权利配置效率观不符。可以说,《秋菊》剧组仍应该承担疏忽大意的责任。最后,不能忽视的是,经济学分析的前提是所有竞争对手天然平等,并通过自由竞争实现优胜劣汰的资源优化配置。而在法律世界中,不能草率的贯彻优胜劣汰进行权利优化配置,因为矫正社会分配不公、保护弱者更是法律的功能,在这种情况下片面追求效率目标是无法实现的。^[13]

四、结语

权利的界限模糊和权利的相互性导致权利的冲突不可避免。法律的权利界定,起源于利益分歧,终于利益分配。科斯开创的法律经济学虽然给我们带来了新的研究方向,但是冲突权利优化配置应当是市场竞争的结果,法律经济学的效率观也不能简单认为是一种具有普世性的原理价值观念。政府或者法院利用国家强制力介入冲突权利重新分配时,不仅要十分慎重,而且应当合理补偿合法权利由此遭受的损害。同时,强行配置冲突权利也不应当频繁使用,更不可突破受损合法权利应当得到救济的法治底线。这样才能真正将冲突权利优化配置变为促进权利有效配置和提高司法资源利用效率的工具,而非将法律演变为优胜劣汰、弱肉强食的商事活动逻辑的借口。

参考文献:

- [1]何明智.“权利哲学的基本问题”[J].经济与社会发展,2012(11).
- [2][美]霍菲尔德.基本法律概念[M].张书友译.北京:中国法制出版社,2009:77.
- [3]夏勇.“权利哲学的基本问题”[J].法学研究,2004(3).
- [4]何明智.“权利哲学的基本问题”[J].经济与社会发展,2012(11).
- [5]夏勇.“权利哲学的基本问题”[J].法学研究,2004(3).
- [6]夏勇.“权利哲学的基本问题”[J].法学研究,2004(3).
- [7]苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996:179.
- [8]苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996:198.
- [9][美]罗纳德·哈里·科斯.“社会成本问题”[A].论生产的制度结构[C].盛洪,陈郁译译校.上海:上海三联书店,1994:142.
- [10][美]罗纳德·哈里·科斯.社会成本问题[A].陈春良译,载罗卫东选编.经济学基础文献选读[C].杭州:浙江大学出版社,2007:208.
- [11][美]罗纳德·哈里·科斯.社会成本问题[A].陈春良译,载罗卫东选编.经济学基础文献选读[C].杭州:浙江大学出版社,2007:224.
- [12]特殊情况指:有国家法律明文规定免责事由;或者无法证明谁是侵害方;或者侵害相当轻微以至于无需赔偿;或者补偿甚至受害方放弃权利时.
- [13]吴建斌.“科斯法律经济学本土化路径重探”[J].中国法学,2009,12.